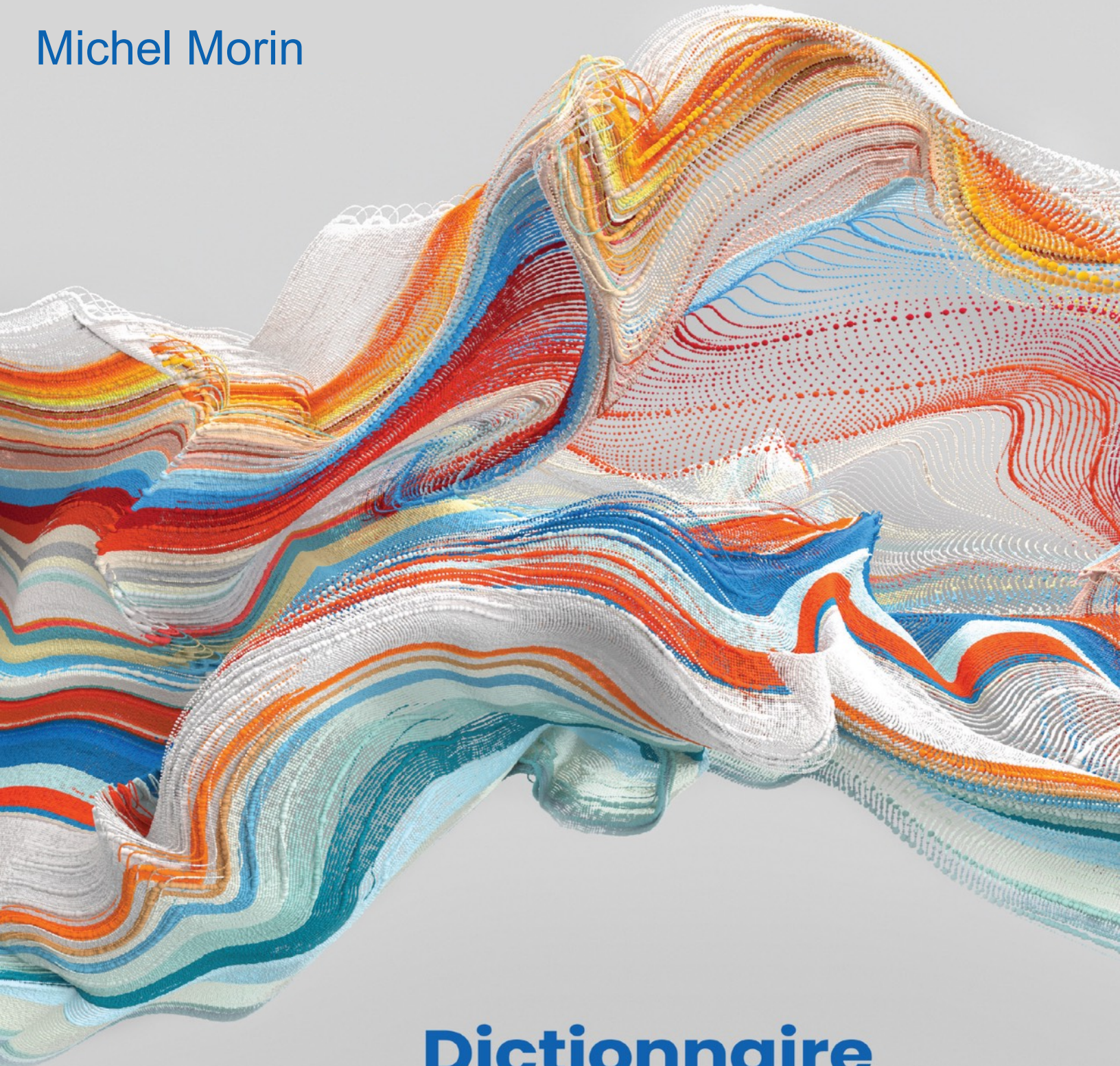


**Coutume**

Michel Morin



**Lex Electronica**  
Volume 29-3

**Dictionnaire  
de la  
norme** Formaliser  
l'informel

Sous la direction de  
Vincent Gautrais

**Notice importante** : Le projet de Dictionnaire de la norme est initié et soutenu par la Chaire L.R Wilson en droit des technologies de l'information et du commerce électronique de l'Université de Montréal. La Revue scientifique Lex Electronica du Centre de recherche en droit public (CRDP) accueille ce projet en lui consacrant un dossier spécial ouvert. Outre la version numérique, le projet paraîtra également en format papier.

# COUTUME

Michel Morin<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup>Professeur titulaire, Faculté de droit, Université de Montréal.

## Table des matières

Introduction	1
<b>1. La formalisation des règles coutumières en Europe</b>	<b>1</b>
1.1. L'insaisissable normativité des sociétés sans pouvoir judiciaire distinct (XI <sup>e</sup> -XII <sup>e</sup> siècles)	1
1.2. La constitution du droit coutumier par les juristes	2
<b>2. Le droit coutumier colonial</b>	<b>4</b>
2.1. L'insaisissabilité des normativités précoloniale	4
2.2. La constitution du droit coutumier par les juristes coloniaux	5
<b>3. La coutume en droit contemporain</b>	<b>5</b>
3.1. Coutumes et usages dans le droit positif occidental	5
3.2. Systèmes ou traditions juridiques autochtones	x 7
Conclusion	8

## INTRODUCTION

[1] **Plan.** La coutume est-elle une invention des juristes? Au vu des recherches récentes sur cette question, une réponse affirmative semble de mise. En effet, en l'absence de normes écrites sanctionnées par une autorité individualisée qui détient exclusivement un pouvoir de contrainte, les modes de résolution des conflits font rarement appel à des règles générales assorties de conditions d'application. Ils prévoient plutôt des processus, des valeurs, des principes et des acteurs, que ces derniers soient ou non qualifiés de juges. Par la suite, le développement de litiges et l'exercice du pouvoir judiciaire par des personnes ayant acquis des connaissances juridiques favorise l'émergence de règles coutumières abstraites et impersonnelles, puis leur mise par écrit et leur marginalisation par la loi ou la jurisprudence. En Europe, le processus s'étend du XII<sup>e</sup> siècle au début du XIX<sup>e</sup> siècles (1). Il en va de même en contexte colonial, au XIX<sup>e</sup> siècle et au cours de la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle (2). À l'heure actuelle, en l'absence d'une reconnaissance législative ou jurisprudentielle, le droit positif cantonne la coutume dans un rôle supplétif, ce qui laisse entière la question de son importance ou de son effectivité au sein de diverses communautés (3).

## 1. LA FORMALISATION DES RÈGLES COUTUMIÈRES EN EUROPE

[2] **Forme variable.** Pour mieux saisir le phénomène juridique au sein des sociétés sans pouvoir judiciaire spécialisé, il faut retracer des témoignages antérieurs à la période où le droit étatique tente d'harnacher une normativité préexistante. Dans un contexte où l'oralité prédomine, cela représente indéniablement un défi. L'Europe des XII<sup>e</sup>-XIII<sup>e</sup> siècles illustre cette difficulté (1.1). Par la suite, la conceptualisation des normes coutumières et leur énonciation écrite permettent leur subordination graduelle par le souverain ou le juge. L'usage se présente alors comme une alternative au texte écrit, mais sa force normative se dilue graduellement (1.2).

### 1.1. L'INSAISSABLE NORMATIVITÉ DES SOCIÉTÉS SANS POUVOIR JUDICIAIRE DISTINCT (XI<sup>E</sup>-XII<sup>E</sup> SIÈCLES)

[3] **Périodes liminaires.** Cette période nous plonge au cœur de la féodalité, alors que le roi est représenté au nouveau local et régional par un seigneur qui est théoriquement soumis à son autorité, mais qui demeure le plus souvent indépendant. Il rend justice dans une cour seigneuriale, en présence des paysans qui relèvent de lui (les tenants), ou dans une cour féodale où s'assemblent ses vassaux (ceux qui combattent sous ses ordres). Ceux-ci peuvent se faire justice à eux-mêmes, dans ce qu'on a qualifié de guerre privée. Si un procès a lieu, les modes de « preuve » utilisés sont les ordalies ou le duel judiciaire. En l'absence de registres, des accords entre puissants, des chartes ou des récits fournissent un aperçu des conflits et de leur solution. Pour leur part, les paysans sont livrés à l'arbitraire du seigneur, pour qui les amendes et les confiscations constituent une source de revenu appréciable. Il est difficile de discerner dans ce système des normes juridiques abstraites et impersonnelles semblables à celles qui émergeront au cours de la période suivante. Il existe néanmoins des règles de base concernant les procès, le système féodal ou la famille (Wijffels, 2020, p. 90).

**[4] Origine hypothétique.** Dans ce contexte, une conception des origines de la coutume a longtemps fait consensus. Les solutions élaborées pour régler des différends précis, souvent dans le cadre d'accords, se seraient répétées et se seraient harmonisées avec le temps, dans un territoire peu étendu. Il en aurait résulté un sentiment d'obligation qui aurait transformé ces pratiques renouvelées en coutumes (Carbasse, 2016, p. 123; Thireau, 2009, pp. 125–127). En France, ce processus se serait déroulé du XI<sup>e</sup> au XII<sup>e</sup> siècles. Au cours des dernières décennies, cette analyse a été fortement contestée. « N'est-ce pas un peu la coutume racontée aux enfants? » se demande Jacques Krynen, pour qui il est difficile « d'imaginer toujours » que la coutume décrite par les ouvrages ultérieurs du XIII<sup>e</sup> siècle soit « d'essence populaire », même si ces écrits peuvent contenir « des traces d'usages plus anciens » (Krynen, 2017, pp. 33, notamment dans les notes 8 et 9).

**[5] Critique.** Cette perspective critique est confirmée par le fait qu'après la chute de l'Empire romain, le terme latin *consuetudo* réapparaît vers la fin du X<sup>e</sup> siècle. Il désigne des taxes diverses et des redevances seigneuriales. Celles-ci sont régulièrement contestées, non pas parce qu'elles sont d'origine récente, mais en raison de leur caractère inapproprié, injuste, ou parce qu'elles ont été imposées de manière irrégulière (Kuskowski, 2024, pp. 163–164). Dans cette perspective, les historiens du droit ont longtemps peiné à imaginer une société « sans droit » (et sans juriste). Cet impensé les amène à concevoir un droit non écrit à l'image du droit écrit. Ils excluent d'emblée l'hypothèse de solutions particularisées résultant d'usages flexibles pour se focaliser sur des normes communautaires préétablies ou des coutumes reconnues ultérieurement par l'État (Vanderlinden, 2019, pp. 161–164).

## 1.2 LA CONSTITUTION DU DROIT COUTUMIER PAR LES JURISTES

**[6] Sédimentation du droit.** Dans la deuxième moitié du XII<sup>e</sup> siècle et au XIII<sup>e</sup> siècle, une renaissance s'opère en Europe. Le commerce se développe, différentes monnaies sont mises en circulation, l'écriture est employée plus fréquemment et les lieux d'enseignement se multiplient, notamment les universités. Avec la disparition des ordalies (1215) et l'étiollement des duels judiciaires, les seigneurs délèguent régulièrement l'exercice de leurs fonctions judiciaires à un gestionnaire de seigneurie, à des clercs ou à des laïcs. Avec le temps, ces personnes deviennent de plus en plus familières avec le droit romain, grâce à des études (l'enseignement du droit romain prend son essor au cours du XII<sup>e</sup> siècle) ou à une formation autodidacte. Fait important, les registres judiciaires font leur apparition dans la deuxième moitié du XIII<sup>e</sup> siècle.

**[7] Rôle des communautés.** Dans ce contexte nouveau, si le droit romain est considéré comme inapplicable localement et s'il n'existe aucun texte ayant force de loi, les détenteurs de la fonction judiciaire réclament une norme coutumière des parties au litige. Interrogée, la communauté n'hésite pas à en formuler une (ou deux, ou trois...). Elle se soucie peu de savoir si cette règle est ancienne, si elle a été appliquée de manière répétée ou même si elle a réellement existé, car son caractère immémorial est postulé. L'important, c'est qu'elle permette de régler un différend (Kadens, 2020, p. 172; Kuskowski, 2024, p. 152). La coutume peut être tenue pour notoire par le juge, auquel cas son enracinement dans la conscience populaire est affirmé péremptoirement. À compter de 1270, devant les juridictions royales, elle peut être prouvée à la suite d'une enquête par turbe où dix notables sont interrogés. Il s'agit le plus souvent d'officiers de justice ou de juristes, certes bien au fait de la culture locale, mais qui ne constituent en aucun cas des porte-paroles ou des représentants des

paysans ou des artisans. Le résultat de l'enquête est consigné dans le registre de la cour. Il pourra être invoqué ultérieurement dans d'autres affaires, sans garantie de succès cependant.

**[8] Ancienneté.** À la même époque, des coutumiers entendent rendre compte de la pratique judiciaire locale. Ils sont rédigés par des praticiens manifestement familiers avec le droit romain. Aux termes d'une relecture minutieuse, Ada Maria Kuskowski conclut qu'au XIII<sup>e</sup> siècle, ces auteurs ne prétendent pas énoncer des règles particulièrement anciennes ou inchangées, quoiqu'ils puissent dire sur la nature de la coutume. Au siècle suivant, l'exigence d'ancienneté énoncée par les romanistes et les canonistes se répand dans la littérature coutumière, mais cette condition est remplie si une pratique est attestée pendant une période variant entre dix et quarante ans (Kuskowski, 2024, pp. 168–180; Leveleux, 2023). On est bien loin du caractère immémorial attribué par les mêmes auteurs à cette source du droit.

**[9] Rédaction.** La rédaction des coutumes débute au XII<sup>e</sup> siècle, dans certaines villes du Sud de la France. À compter de 1454, elle est menée à bien dans différentes régions du centre et du Nord du royaume, surtout au XVI<sup>e</sup> siècle. La coutume devient alors un texte auquel le roi a donné force de loi. Cela permet aux auteurs de doctrine de dégager les principes d'un « droit commun coutumier ». Les règles coutumières qui ne figurent pas dans le texte sont qualifiées d'usages. Elles peuvent servir à compléter et à interpréter la règle écrite, ainsi qu'à établir sa désuétude. Leur rôle devient cependant marginal. Jusqu'en 1667, elles doivent être prouvées au moyen d'une enquête par turbe. Par la suite, les juges appliquent les règles de preuve ordinaires. Notons que le Code civil de 1804 renvoie régulièrement aux usages, surtout en droit des biens et des contrats; il en va de même du Code civil du Bas-Canada (Morin, 2019, pp. 178–181).

**[10] Angleterre.** En Angleterre, à compter du XIII<sup>e</sup> siècle, les normes communautaires locales ont été rapidement marginalisées par le rôle sans cesse croissant des cours royales. Cependant, certaines coutumes relatives aux immeubles survivent parce qu'elles sont qualifiées d'immémoriales, souvent par les cours seigneuriales. Avec le temps, la jurisprudence exige que ces normes aient été reconnues au commencement du règne de Richard I<sup>er</sup> (soit le 3 septembre 1189). Les coutumes propres au monde du commerce sont aussi reconnues. Quant à la prétendue coutume générale du royaume sur laquelle la common law serait fondée, elle est intrinsèquement liée aux règles procédurales suivies par les juristes associés aux cours royales, par opposition à une communauté de non-juristes (Baker, 2019, p. 10 et 29–32; Kadens, 2020, p. 177; Kuskowski, 2024, p. 178–179). Son ancienneté est présumée, même si un usage local contraire permet de conclure qu'une règle n'a pas de caractère général et ne fait pas partie de la common law (Duxbury, 2017, p. 346–349). En somme, les juges des cours royales ont cantonné les normes coutumières à des sujets et des localités déterminées, lesquels sont relativement peu nombreux. En outre, ils ne se préoccupent pas des normes antérieures à la diffusion de l'écriture dans le domaine judiciaire.

**[11] Empire allemand.** Dans l'Empire allemand, le mythe d'un attachement des communautés locales des XI<sup>e</sup>-XII<sup>e</sup> à un droit « ancien et bon » qui ne saurait évoluer ouvertement a fait long feu (Kuskowski, 2024, p. 143–144 et 152; Wijffels, 2020, p. 90). Là aussi, des coutumiers apparaissent au XIII<sup>e</sup> siècle, notamment le célèbre Miroir des Saxons (*Sachsenspiegel*, vers 1220-1235). Au XV<sup>e</sup> et XVI<sup>e</sup> siècle, les déclarations des siècles

antérieurs portant sur la teneur de la coutume qui ont été faites par d'anciens villageois ou citadins sont mises par écrit (Kim, 2025, p. 143–144, 146 et 152; Wijffels, 2020, p. 106–109). Pendant toute cette période, la législation des villes et des principautés de l'Empire énonce aussi des normes coutumières. Toutefois, à compter du XV<sup>e</sup> siècle, ces dernières jouent un rôle résiduel face au *ius commune* élaboré par les romanistes et appliqué par la cour impériale, dont l'influence est cependant limitée. Ici aussi, les décisions de justice et les écrits des praticiens modèlent graduellement une normativité coutumière dont l'ancienneté, antérieurement au XII<sup>e</sup> siècle, est indémontrable.

## 2. LE DROIT COUTUMIER COLONIAL

**[12] Plan.** Pris isolément, les systèmes juridiques non occidentaux n'ont pas à justifier leur existence (2.1). Les contraintes inhérentes à la colonisation obligent toutefois les juristes coloniaux à dégager des normes locales qui leur permettent de trancher les conflits qui leur sont soumis (2.2).

### 2.1. L'INSAISSABILITÉ DES NORMATIVITÉS PRÉCOLONIALES

**[13] Tradition et modernité.** Les anthropologues ont longtemps distingué les sociétés « traditionnelles » des sociétés « modernes », un qualificatif qu'ils réservaient aux seuls États occidentaux. Les premières valorisent davantage la fidélité au passé, tandis que les secondes lui préfèrent la volonté de changement (Bonte & Izard, 2002; Rouland, 1995, p. 52). Dans les sociétés traditionnelles, le pouvoir est indifférencié, notamment celui de rendre justice, qui peut être collectif ou découler de responsabilités ou de fonctions plus larges. Dans ce contexte, on trouve rarement des règles impersonnelles abstraites dotées de conditions d'application précises. En outre, la nature des sanctions est très différente de celles que prévoient les systèmes juridiques étatiques d'inspiration occidentale (Rouland, 1995, p. 54–55; Vanderlinden, 1996, p. 19–34; Le Roy, 1999, p. 194–197; Otis et al., 2022, p. 23–25). Il en résulte une indétermination qui est loin d'être inconnue des sociétés dotées de pouvoirs législatifs et judiciaires autonomes et qui permet l'évolution des normes juridiques afin qu'elles s'adaptent aux besoins de la société.

**[14] Dénigrement.** Dans cette perspective, les systèmes juridiques précoloniaux ou non étatiques des Amériques, d'Afrique ou d'Asie ne sauraient se réduire à la coutume, car ils comprennent d'autres types de normes (par exemple, celles qui proviennent d'une assemblée) (Gradoni, 2019, p. 179–180; Kim, 2019). Ces ordres juridiques sont souvent dévalorisés par les juristes formés au droit occidental. En cherchant à les rendre intelligibles, ils les dénaturent, ainsi que nous allons le constater. Précisons cependant qu'à ce stade, ces sociétés ne sentent pas le besoin de déterminer ce qui constitue une coutume ou une règle de droit. Cette nécessité découle plutôt des pressions exercées par un droit colonial, dont l'un des objectifs est la modification ou l'éradication de leur système juridique. Elles sont alors appelées à justifier celui-ci au colonisateur. Ce faisant, elles le transforment sans doute. À lui seul, ce phénomène ne permet pas de conclure que leurs perceptions ont été faussées ou que le système antérieur ne peut être qualifié de juridique (Otis et al., 2022, p. 9–19).

**[15] Juridicité.** Ce problème de la juridicité des systèmes normatifs pré-étatiques ou précoloniaux est complexe. Ceux-ci sont parfois qualifiés de « droit spontané », de droit

« muet » ou de droit « gestuel ». Toutefois, l'aîné, le sage ou le chef qui contribue à régler un différend n'applique pas une solution prédéterminée et ne se soucie pas d'en établir une. En d'autres termes, ces personnes ne peuvent être considérées comme des

*juges investis de l'autorité de dire le droit et du pouvoir de l'imposer (Otis, 2018, p. 70–72).*

Néanmoins, dans la mesure où certains processus suivis par des acteurs ayant la responsabilité d'agir débouchent sur des solutions ou des situations qui devront être respectées et mises en œuvre dans une communauté donnée, en ayant recours si nécessaire à des mécanismes de contrainte, un phénomène juridique est présent. Il fait appel à une normativité relationnelle qui se fonde sur le statut, les besoins et les responsabilités des membres d'une communauté (Mills, 2024).

## 2.2 LA CONSTITUTION DU DROIT COUTUMIER PAR LES JURISTES COLONIAUX

**[16] Transmutation.** Pour sa part, le « droit coutumier » est une création des tribunaux étatiques dont les juges ont été formés outre-mer. Ceux-ci doivent dégager des règles suffisamment précises pour trancher un litige à partir des preuves qui leur sont soumises ou des renseignements mis à leur disposition. Ils sont souvent tenus de cantonner ces normes à des domaines spécifiques (notamment le droit de la famille) et de les récuser dans d'autres. Ils peuvent en outre les déclarer contraires à l'ordre public ou déraisonnables (Otis et al., 2022, p. 65 et 194–198). La communauté concernée se reconnaît difficilement dans cette jurisprudence qui pave la voie à une rédaction officieuse ou officielle destinée à faciliter la tâche aux juristes. À la suite de cette judiciarisation, le passage d'un droit non écrit à un droit écrit signifie le plus souvent la « mort de la coutume » (Vanderlinden, 2019, p. 145). En revanche, si des personnes issues de la communauté ont formalisé certaines normes coutumières et si elles contrôlent les instances appelées à les interpréter, les risques de déformation ou d'hybridation sont bien moindres (Gradoni, 2019, p. 65 et 184–198; Otis et al., 2022, p. 65, 127–128, 135, 185–204). En somme, le droit coutumier est un produit du droit étatique, car celui-ci doit déterminer le contenu de normes qui lui font concurrence et qu'il ne peut éliminer d'un trait de plume. Il tente tant bien que mal de le circonscrire, d'en supprimer certains éléments et de lui donner une forme utilisable par les juridictions qu'il crée.

## 3. LA COUTUME EN DROIT CONTEMPORAIN

**[17] Plan.** Il conviendra de distinguer ici les coutumes et usages propres aux sociétés occidentales (3.1) de la résurgence des systèmes juridiques autochtones (3.2).

### 3.1 COUTUMES ET USAGES DANS LE DROIT POSITIF OCCIDENTAL

**[18] Portion congrue.** En 1804, l'entrée en vigueur du Code civil français a pour effet d'abroger

*les lois romaines, les ordonnances [royales], les coutumes générales ou locales [écrites] [...] dans les matières qui sont l'objet desdites lois*

Toutefois, celles-ci réfèrent occasionnellement aux usages, principalement en droit immobilier et en droit des obligations. Même en l'absence d'une reconnaissance de ce genre, certaines règles vont survivre à la codification. En effet, la jurisprudence considère qu'elles relèvent de « matières » qui ne sont pas l'« objet » des dispositions du code (Morin, 2019, p. 178). Au XIX<sup>e</sup> siècle, la doctrine a tendance à conclure qu'en l'absence de mention dans le code, le droit civil ne reconnaît ni usage ni coutume, même si la solution inverse s'impose au siècle suivant (Deroussin, 2013).

**[19] Droit commercial.** De nos jours, l'application des règles coutumières à titre supplétif (*praeter legem*) est admise assez facilement, par opposition à celles qui dérogent à une disposition législative (*contra legem*) (Fabre-Magnan, 2024, *Sub verbo* « Les usages »; Voirin & Goubeaux, 2022, p. 58–59). Dès le XIX<sup>e</sup> siècle, la doctrine commercialiste admet cette dernière possibilité (Deroussin, 2013, p. 174, 186–187 et 210; Simon, 2016, p. 276–277). Celle-ci n'est donc pas fondamentalement incompatible avec les principes fondamentaux du système français. En effet, le Code de commerce de 1807 s'est contenté d'abroger « toutes les anciennes lois touchant les matières commerciales sur lesquelles il est statué par ledit code », sans mentionner les coutumes ou les usages. De nos jours, l'applicabilité des usages du commerce international ne fait plus aucun doute, en dépit de leur nature transnationale ou a-nationale. Les usages commerciaux sont également reconnus dans certaines hypothèses (Simon, 2016, p. 275–279).

**[20] Formes diverses.** Au XX<sup>e</sup> siècle, la distinction entre coutume et usage, si importante en doctrine, ne préoccupe plus guère le législateur et les magistrats. Une autre classification se dégage des textes. Il existe des coutumes formalisées par la jurisprudence, par la doctrine, ou sous le contrôle d'une autorité publique (que ce soit en droit international ou en droit interne); des renvois plus généraux à un ordre juridique coutumier non étatique ou étranger; et des tolérances ou traditions qui peuvent justifier des dérogations à une norme juridique, voire en constituer une (Deumier, 2013, pp. 228–232).

**[21] Caractère obligatoire.** Dans une perspective voisine, un ensemble d'usages peut relever à la fois d'un ordre juridique étatique et d'un ordre juridique non étatique; leur intégration dans le premier de ces ordres donne naissance au droit des usages, comme jadis au droit coutumier (Mousseron, 2023, p. 45 et 84–87). Certains auteurs, comme François Gény, croient que les usages acquièrent leur caractère obligatoire dans leur milieu d'origine, mais la majorité de la doctrine se rallie plutôt à la thèse d'Édouard Lambert, pour qui cette transmutation requiert l'intervention du juge (Deroussin, 2013, pp. 195–202).

**[22] Angleterre.** En Angleterre, l'absorption des coutumes par la common law est presque complète. Elle cantonne les usages à un rôle supplétif (Gradoni, 2019, p. 184–187; Hunter-Hénin, 2013, p. 369–374). Il en va cependant différemment des ordres juridiques international, étrangers ou non étatiques (Beaulac & Cohen, 2021, p. 331–340; Gradoni, 2019, p. 184–187). Quant à la coutume en droit international public, contentons-nous de signaler qu'elle a donné lieu à de multiples controverses, en particulier l'identification du

sentiment d'obligatorité (*opinio iuris*) permettant à l'interprète de déduire l'existence d'une norme juridique en se fondant sur certaines actions étatiques (pour un aperçu des débats, voir Beaulac & Cohen, 2021, p. 151–250; D'Aspremont, 2019; Gradoni, 2019). L'expression « coutume instantanée » employée par le professeur Bin Cheng en 1965, illustre bien l'ampleur de ces difficultés (Gradoni, 2019, p. 190–191).

### 3.2 SYSTÈMES OU TRADITIONS JURIDIQUES AUTOCHTONES

**[23] Droit autochtone.** Les États ou les régions où un droit étatique demeure vivace, notamment le Canada et les territoires d'outre-mer français, font occasionnellement référence à la coutume dans leur législation ou leur jurisprudence. Cette reconnaissance partielle s'insère dans un contexte où les tribunaux chargés d'appliquer la norme coutumière sont rarement contrôlés par les Autochtones ou les membres de la communauté pertinente. Les juges sont par ailleurs tenus de faire prévaloir certains principes ou règles étatiques sur le droit coutumier. Ce dernier devient donc une forme de droit étatique, quelles que soient par ailleurs les différences considérables qu'il présente par rapport au droit commun (Deumier, 2013, p. 230; Otis et al., 2022, p. 65 et 185–198). Ainsi, les peuples autochtones du Canada détiennent deux types de droits constitutionnels : ceux qui sont qualifiés d'« ancestraux » et ceux qui sont « issus de traités ». Les premiers exigent que soient mises en preuve des « pratiques, coutumes ou traditions » antérieures au premier contact avec les Européens (*R. c. Van der Peet*, 1996). Il n'est aucunement nécessaire d'établir leur caractère juridique, qui dépend plutôt entièrement des conditions imposées par la jurisprudence.

**[24] Exemple : l'adoption.** La *Loi sur les Indiens* reconnaît expressément l'adoption coutumière et les règles coutumières de désignation des membres du conseil de bande (Grammond, 2022, p. 186; *Loi Sur Les Indiens*, n.d., Article 2). Depuis 2017, une communauté ou une nation autochtone peut habiliter un « organe » de son choix à délivrer un certificat d'adoption ou une attestation de tutelle coutumières autochtones (articles 152.1 et 199.10 du *Code civil du Québec*, ci-après C.c.Q.). Dans cette hypothèse, il est rafraîchissant de constater que le législateur ou les juges ne déterminent pas directement le contenu des traditions juridiques autochtones. En outre, contrairement à la conception allochtone de l'adoption, il est possible de maintenir le lien de filiation, notamment grâce au concept de tutelle supplétive (Grammond & Guay, 2021; Ottawa, 2023).

**[25] Conditions.** La coutume d'une nation doit cependant être « en harmonie avec les principes de l'intérêt de l'enfant, du respect de ses droits et du consentement des personnes concernées » (article 199.10 C.c.Q.). Dans certains litiges, la Cour supérieure du Québec pourra être appelée à décider quelle version de la coutume est applicable. Faut-il préciser que le nombre de juges autochtones qui y siègent se compte sur les doigts d'une ou de deux mains? Enfin, les concepts de certificat et d'organe compétent sont étrangers aux systèmes juridiques autochtones. Si la reconnaissance officielle de ces derniers constitue une avancée majeure, elle se fait aux conditions fixées par l'État. Celles-ci pourront être modifiées à l'avenir. Il n'est donc pas certain que cette réforme favorise le passage de la négation pure et simple du droit autochtone à une bonne coordination des ordres juridiques canadien, québécois et autochtones (Grammond & Guay, 2018; Leckey, 2018; Otis et al., 2022, pp. 187–191).

**[26] Compétence législative.** Pour éviter les difficultés qui viennent d'être évoquées, une loi fédérale reconnaît aux titulaires de droits constitutionnels autochtones (ancestraux ou issus de traités) une compétence législative en matière de services à l'enfance et à la famille qui prévaut à certaines conditions sur le droit provincial (*Loi Concernant Les Enfants, Les Jeunes et Les Familles Des Premières Nations, Des Inuits et Des Métis*, n.d.). Elle impose également des normes minimales obligatoires pour tout placement d'un enfant autochtone. À cette occasion, il est précisé qu'il faut tenir compte « des coutumes et des traditions des peuples autochtones », notamment « l'adoption coutumière » (article 4 et 16.1). Ici encore, un juge peut refuser d'appliquer un texte législatif autochtone qui est jugé contraire à l'intérêt de l'enfant (article 23), aux normes obligatoires précitées ou aux droits et libertés de la personne (art. 19 et 22 (1)).

**[27] Actualisation.** Pour leur part, les systèmes juridiques autochtones ont été affaiblis à des degrés variables par la colonisation, notamment par le génocide culturel perpétré dans les pensionnats (Grammond, 2022; Motard, 2020; Motard & Lainé, 2016; Napoleon & Hadley Friedland, 2015). Ils se caractérisent par leur caractère évolutif et dynamique, même s'ils ont été laminés ou s'ils s'étiolent dans certaines communautés. La question de leur effectivité sur le terrain a d'ailleurs été peu étudiée (voir cependant Otis et al., 2022). Récemment, les facultés de droit canadiennes ont créé au moins un cours obligatoire (souvent plus) portant sur les caractéristiques de ces systèmes ou, à l'Université de Victoria, un programme conjoint en ordres juridiques autochtones et de common law (Commission de vérité et réconciliation du Canada, 2015; Conseil des doyens et doyennes des facultés de droit du Canada, 2023). L'enseignement de ces systèmes juridiques n'exclut pas qu'ils soient partiellement incompatibles avec le droit étatique.

**[28] Sources.** Les systèmes juridiques autochtones comprennent notamment des normes et des principes, consignés par écrit ou non, des précédents, des enseignements, des opinions d'anciens et des responsabilités à l'égard de sujets non humains. Ainsi, le professeur Anishinabe John Borrows distingue différentes sources au sein des systèmes juridiques autochtones : le droit sacré, le droit naturel, le droit délibératif, le droit positif et le droit coutumier (Borrows, 2020, p. 41–97). On aurait donc tort de penser qu'une juridiction étatique peut intégrer tous ces éléments dans sa jurisprudence. En d'autres termes, il faut se garder de confondre le droit coutumier et l'ensemble des procédés et solutions propres aux systèmes juridiques autochtones qui opèrent dans le monde contemporain.

## CONCLUSION

**[29] Deux systèmes coutumiers.** Historiquement, au Moyen Âge comme dans les colonies, les juristes familiers du droit occidental ont été confrontés à un phénomène irritant : des décisions rendues sans faire appel à des normes énoncées dans une forme reconnaissable pour eux. À défaut d'éliminer le phénomène, ils se sont empressés de le canaliser dans les conduits du système étatique. Schématiquement, l'État a d'abord mis en place ses tribunaux en supprimant les justices locales ou en encadrant leurs compétences. Il a ensuite imposé graduellement son droit pénal, puis d'autres pans du droit privé. Le droit des personnes et de la famille, ainsi que le droit des biens, ont longtemps constitué des poches de résistance. Parallèlement, des normes coutumières ont été formalisées par des auteurs ou dans le cadre

de procès. Dans certains cas, des textes ayant force de loi ont remplacé un droit « non écrit » ... constitué le plus souvent de précédents judiciaires ou d'extraits d'ouvrages spécialisés. Il faut donc se garder de confondre les systèmes juridiques précoloniaux ou pré-étatiques avec les règles du droit coutumier reconnu ultérieurement par l'État et ses juges.

**[30] Cas d'application.** De nos jours, le terme coutume est associé aux normes produites par des communautés privées du pouvoir de contrainte publique, soit qu'elles l'aient perdu, soit qu'elles ne l'aient jamais détenu (pensons aux professionnels ou aux acteurs du commerce international). Elles peuvent cependant être sanctionnées par la communauté dont elles émanent (dénonciations publiques, ostracisme, amendes, repentance, etc.) L'État reconnaît dans certains cas leur existence, souvent pour des enjeux circonscrits de faible importance pour lui ou par déférence pour des acteurs dont il doit s'assurer la collaboration (États étrangers, entreprises multinationales, gouvernements ou représentants de peuples colonisés qui n'ont pas acquis leur indépendance, etc.)

**[31] Critères.** Appelés à déterminer le contenu d'une coutume ou d'un usage, les juges accordent relativement peu d'importance à la tradition et la fidélité au passé. Leur préoccupation première est de dégager une norme qui apporte une solution satisfaisante au litige. En ce sens, la coutume est un instrument tout aussi malléable que l'interprétation des lois, l'analyse des tendances jurisprudentielles ou l'examen critique de la doctrine. Elle repose le plus souvent sur une documentation juridique qui se soucie peu de consulter les membres d'une communauté donnée. En définitive, les différences qu'elle présente avec les autres sources de droit sont beaucoup moins grandes qu'on pourrait le croire à première vue.



**POUR EN SAVOIR +**  
**(choix éditorial de l'autrice pour compléter la réflexion sur le sujet)**

- Borrows, J., *La constitution autochtone du Canada*, Presses de l'Université du Québec, 2020.
- Deumier, P., « Coutume ou coutumes: Existe-t-il une notion uniforme de la “coutume” en droit français » dans J. Vendrand-Voyer & F. Garnier (dir.), *La coutume dans tous ses états: Actes du colloque international des 15 au 17 juin 2010 à l'occasion de la célébration du 500e anniversaire de la rédaction de la coutume d'Auvergne: Clermont-Ferrand / Riom*, p. 217.
- Gradoni, L., « Un-procedural Customary Law », (2019) 10 *Journal of International Dispute Settlement* 175.
- Grammond, S., « Un cadre conceptuel pour la reconnaissance du droit autochtone », (2022) 52-1 *Revue Générale de Droit* 181, [en ligne](#).
- Grammond, S., & Guay, C., « L'interaction entre le droit innu et le droit québécois de l'adoption », (2018) 48-1 *Revue générale de droit* 123. [en ligne](#).
- Otis, G., Leclair, J., & Thériault, S., *La vie du pluralisme juridique*, Paris, LGDJ, 2022.

## BIBLIOGRAPHIE

- Baker, J., *An Introduction to English Legal History*, 5th ed., Oxford University Press, 2019.
- Beaulac, S., & Cohen, M. *Précis de droit international public: Théorie, sources, interlégalité, sujets*, 3ème éd., LexisNexis, 2021.
- Bonte, P., & Izard, M. (dir.), « Tradition », dans *Dictionnaire de l'ethnologie et de l'anthropologie* Paris, PUF, 2002, p. 710.
- Borrows, J., *La constitution autochtone du Canada*, Presses de l'Université du Québec, 2020.
- Carbasse, J.-M., *Manuel d'introduction historique au droit*, 6ème éd, Presses universitaires de France, 2016.
- Commission de vérité et réconciliation du Canada, *Pensionnats du Canada: Rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada*, McGill-Queen's, 2016.
- Conseil des doyens et doyennes des facultés de droit du Canada, *Rapport sur les réponses des facultés de droit canadiennes aux appels à l'action de la Commission Vérité et Réconciliation, 2023, en ligne.*
- D'Aspremont, J., « The Four Livres of Customary International Law », (2019) 21(3–4) *International Community Law Review* 219.
- Deroussin, D. « La coutume dans la doctrine civiliste après l'exégèse: Un renouveau en trompe l'oeil? », dans J. Vendrand-Voyer & F. Garnier (dir.), *La coutume dans tous ses états: Actes du colloque international des 15 au 17 juin 2010 à l'occasion de la célébration du 500e anniversaire de la rédaction de la coutume d'Auvergne: Clermont-Ferrand / Riom*, p. 172.
- Deumier, P., « Coutume ou coutumes: Existe-t-il une notion uniforme de la "coutume" en droit français » dans J. Vendrand-Voyer & F. Garnier (dir.), *La coutume dans tous ses états: Actes du colloque international des 15 au 17 juin 2010 à l'occasion de la célébration du 500e anniversaire de la rédaction de la coutume d'Auvergne: Clermont-Ferrand / Riom*, p. 217.
- Duxbury, N., « Custom as Law in English Law », (2017) 6-2 *Cambridge Law Journal* 337.
- Fabre-Magnan, M., *Introduction Au Droit (1 online resource)*, Paris, Presses Universitaires de France, 2024, [en ligne.](#)
- Gradoni, L., « Un-procedural Customary Law » ,(2019) 10 *Journal of International Dispute Settlement* 175.

- Grammond, S., « Un cadre conceptuel pour la reconnaissance du droit autochtone », (2022) 52-1 *Revue Générale de Droit* 181, [en ligne](#).
- Grammond, S., & Guay, C., « L'interaction entre le droit innu et le droit québécois de l'adoption », (2018) 48-1 *Revue générale de droit* 123. [en ligne](#).
- Grammond, S., & Guay, C., « Comprendre et reconnaître le droit innu du ne kupaniem/ ne kupanishkuem », (2018) 62-2 *Cahiers de Droit* 467.
- Hunter-Hénin, M., « La coutume dans tous ses états: Perspectives d'outre-manche », dans J. Vendrand-Voyer & F. Garnier (dirs.), *La coutume dans tous ses états: Actes du colloque international des 15 au 17 juin 2010 à l'occasion de la célébration du 500e anniversaire de la rédaction de la coutume d'Auvergne: Clermont-Ferrand / Riom*, La mémoire du droit., 2013, p. 366.
- Kadens, E., « Convergence and the colonization of custom in pre-modern Europe », dans O. Moréteau, A. Masferrer, & K. Å. Modéer (dirs.), *Comparative legal history*, Edward Elgar Publishing Limited, 2020, p. 167.
- Kim, M. S.-H., « Custom as a source of law in European and East Asian legal history » dans O. Moréteau, A. Masferrer, & K. Å. Modéer (dirs.), *Comparative legal history*, Edward Elgar Publishing Limited, 2019, p. 186.
- Kim, M. S.-H., « *Legal pluralism that wasn't: State and the plurality of law in late medieval and early modern Europe* », (2025) 93 *Tidjschrift Voor Rechtsgeschiedenis* 130.
- Krynen, J., « Dix ans de travaux français d'histoire du droit intéressant la coutume. Bref commentaire en quatre points », dans G. Cazals & F. Garnier (dir.), *Les décisionnaires et la coutume: Contribution à la fabrique de la norme*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2017, p. 19.
- Kuskowski, A. M., « The Time of Custom and the Medieval Myth of Ancient Customary Law », (2024) 99 *Speculum* 143.
- Le Roy, É., *Le jeu des lois, Une anthropologie « dynamique » du Drois.*, Paris, L.G.D.J., 1999.
- Leckey, R. (2018). « L'adoption coutumière autochtone en droit civil québécois », (2018) 59-4 *Cahiers de droit* 973. [en ligne](#).
- Leveux, C., « Compte rendu: Ada Maria Kuskowski, Vernacular Law. Writing and the Reinvention of Customary Law in Medieval France, Cambridge, Cambridge University Press, 2023, xviii-412 pages », (2023) 3 *Revue Historique de Droit Français et Étranger* 431.

- *Loi Concernant Les Enfants, Les Jeunes et Les Familles Des Premières Nations, Des Inuits et Des Métis*, L.C. 2019, c. 24.
- *Loi Sur La Réunion Des Lois Civiles En Un Seul Corps, Sous Le Titre de Code Civil Des Français (1804)*.
- *Loi Sur Les Indiens*, L.R.C. 1985, c. I-5.
- Mills, A., « First Nations' Citizenship and Kinship Compared: Belonging's Stake in Legality », (2024) 72-4 *American Journal of Comparative Law* 892.
- Morin, M., « Entre fidélité et rupture: La tradition et le droit civil québécois », dans B. Lefebvre & B. Moore (dir.), *Les grandes valeurs*, Montréal Les Éditions Thémis, 2019, p. 163
- Motard, G., « Regards croisés entre le droit innu et le droit québécois: Territorialités en conflit », (2020) 65-3 *Revue de Droit de McGill* 421.
- Motard, G., & Lainé, M.-J., « Prendre le droit autochtone au sérieux—Entretien avec Hadley Friedland », (2016) 40-2 *Anthropologie et Sociétés* 195.
- *Mousseron, P., Droit des usages*, 2e éd., LexisNexis : Institut des usages, 2023.
- Napoleon, V., & Hadley Friedland, « Gathering the Threads: Developing a Methodology for Researching and Rebuilding Indigenous Legal Traditions » (2015) 1 *Lakehead Law Journal* 16.
- Otis, G., « La production du droit autochtone: Comportement, commandement, enseignement », (2018) 48-1 *Revue Générale de Droit*.
- Otis, G., Leclair, J., & Thériault, S., *La vie du pluralisme juridique*, Paris, LGDJ, 2022.
- Ottawa, W. E. *Wactenamakanicic e opikihakaniwitc: L'adoption coutumière chez les Atikamekw Nehirowisiwok de Manawan*. Presses de l'Université Laval, 2023, [en ligne](#).
- *R. c. Van Der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507 (1996).
- Rouland, N., *L'anthropologie juridique*, 2e éd., Paris, Presses universitaires de France, 1995.
- Simon, V., « L'inscription des usages commerciaux dans l'ordonnement juridique moderne », (2016) 94-2 *Revue Historique de Droit Français et Étranger* 275.
- Thireau, J.-L., *Introduction historique au droit*, 3e ed, Paris, Flammarion, 2009.

- *Vanderlinden, J., Anthropologie juridique*, Paris, Dalloz, 1996.
- *Vanderlinden, J.*, « Here, there and everywhere ... Or nowhere? Some comparative and historical afterthoughts about custom as a source of law », Dans O. Moréteau, A. Masferrer, & K. Å. Modéer (Eds.), *Comparative legal history*, Elgar, 2019, p. 140.
- *Voirin, P., & Goubeaux, G. (2022). Droit civil. Tome 1, Introduction au droit, personnes, famille, personnes protégées, biens, obligations, sûretés*, 42e éd., Paris, LGDJ, 2022.
- *Wijffels, A., Introduction historique au droit, France, Angleterre, Allemagne*, 3e ed., Paris PUF., 2020.